

ECLI:NL:RBGEL:2023:5148

Instantie	Rechtbank Gelderland
Datum uitspraak	06-09-2023
Datum publicatie	19-09-2023
Zaaknummer	414561
Rechtsgebieden	Verbintenissenrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie	Beroepsaansprakelijkheid notaris vanwege schending zorgplicht. Niet geïnformeerd over niet bereiken beoogde rechtsgevolgen vanwege ontbreken geldige titel voor vestigen hypotheekrecht. Causaal verband ontbreekt vanwege buitengerechtelijke vernietiging door curator in faillissement. Geen schade.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl Notamail 2023/217

Uitspraak

RECHTBANK Gelderland

Civil recht

Zittingsplaats Arnhem

Zaaknummer: C/05/414561 / HA ZA 23-47 / 1547

Vonnis van 6 september 2023

in de zaak van

[eisende partij] ,

te [plaats] ,

eisende partij,

hierna te noemen: [eisende partij] ,

advocaat: mr. J.G.J. Elslo te UTRECHT,

tegen

1 [gedaagde partij 1] ,

te [plaats] ,

2. [gedaagde partij 2],

te [plaats] ,

gedaagde partijen,

hierna te noemen: [gedaagde partij 1] , [gedaagde partij 2] en samen [gedaagde partijen] ,

advocaat: mr. P.P.M. van Kippersluis te 'S-GRAVENHAGE.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnis van 26 april 2023 en de daarin genoemde processtukken;
- het verkorte proces-verbaal van de mondelinge behandeling van 27 juni 2023 en de daarin genoemde processtukken.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. Op 27 maart 2019 is tussen [eisende partij] en [bedrijf 1] B.V. (hierna: [bedrijf 1]) een overeenkomst van geldlening tot stand gekomen op grond waarvan [eisende partij] als geldgever aan [bedrijf 1] als geldnemer een bedrag van € 1.500.000,00 heeft verstrekt (hierna: de overeenkomst). De overeenkomst is aangegaan voor de duur van zes maanden en eindigde derhalve op 27 september 2019. De overeenkomst bevat voor zover hier relevant de volgende bepalingen:

ARTIKEL 3. RENTE EN AFLOSSING

- 3.1 De rente over de gehele looptijd van de geldlening bedraagt € 150,00 (...) en wordt verschuldigd aan het einde van de duur van de geldlening.
- 3.3 Geldnemer zal uiterlijk op de laatste dag van de duur van deze overeenkomst het op die dag openstaande saldo van de hoofdsom vermeerderd met de verschuldigde rente aflossen (...).
- 3.4 Indien en voor zover de geldlening niet op 27 september 2019 is afgelost, zal Geldnemer een rente van 20% op jaarbasis over het openstaande saldo verschuldigd worden, welke rente steeds uiterlijk op de laatste dag van het kalenderjaar waarop deze rente betrekking heeft, dient te worden voldaan.

ARTIKEL 4. ZEKERHEDEN

- 4.1 Geldnemer verklaart dat onderstaande panden in onbelast eigendom zijn en blijven zolang de verplichting uit hoofde van deze Overeenkomst bestaat:

- i. [adres+plaats 1]
- ii. [adres+plaats 2]
- iii. [adres+plaats 3]
- iv. [adres+plaats 4]
- v. [adres+plaats 5]

Deze panden dienen derhalve als zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen uit deze overeenkomst.

- 4.2 De vordering van Geldnemer op S. van Ettekoven Holding B.V. (groot € 3.500.000 (...)), dient eveneens als zekerheid tot nakoming van de verplichtingen uit deze Overeenkomst.
- 4.3 Geldnemer is verplicht – indien de lening niet op 27 september 2019 geheel is afgelost – op eerste verzoek van Geldgever aan haar aanvullende zekerheden te verstrekken.

De overeenkomst is ondertekend door de heer [betrokkene 1] als bestuurder van [eisende partij] en de heer [betrokkene 2] als bestuurder van [bedrijf 1] .

- 2.2. De registergoederen vermeld onder i, ii en v behoorden in eigendom toe aan [bedrijf 1] . De registergoederen vermeld onder iii en iv behoorden in eigendom toe aan [bedrijf 2] (hierna: [bedrijf 2]).
- 2.3. [eisende partij] , [bedrijf 1] en [bedrijf 2] hebben eveneens op 27 maart 2019 aan [gedaagde partij 1] , althans aan zijn praktijkvennootschap [gedaagde partij 2] , opdracht verstrekt om hypotheekrechten te vestigen op voormelde registergoederen. Diezelfde dag heeft [gedaagde partij 1] aan de heer [betrokkene 1] van [eisende partij] onder meer de conceptakte gestuurd en in de begeleidende brief daarnaast opgemerkt:

Volledigheidshalve wijs ik erop dat ik van de heer [betrokkene 2] vernam dat de in artikel 4.2 van de geldleningsovereenkomst genoemde zekerheid (vordering van geldnemer op S. van Ettekoven Holding B.V., groot € 3.500.000) separaat door [bedrijf 1] en u geregeld is/zal worden.
- 2.4. In de conceptakte staan [bedrijf 1] en [bedrijf 2] gedefinieerd als 'Schuldenaar' en [eisende partij] als 'Schuldeiser' met daarnaast onder meer de volgende bepalingen:

Overeenkomst tot het vestigen van hypotheek- en pandrechten

De Schuldenaar en de Schuldeiser komen overeen dat ten behoeve van de Schuldeiser het recht van hypotheek en pandrechten worden verleend op de in deze akte omschreven goederen, tot zekerheid als in deze akte omschreven.

Hypotheekverlening

Ter uitvoering van voormelde overeenkomst verklaarde de Schuldenaar aan de Schuldeiser hypotheek te verlenen tot het hierna te noemen bedrag op het hierna te noemen onderpand, tot zekerheid voor de betaling van al hetgeen de Schuldeiser (blijkens diens administratie) van de Schuldenaar, te vorderen heeft of mocht hebben uit hoofde van de door de Schuldeiser aan de Schuldenaar verstrekte geldlening (...) (€ 1.500.000,00).

Verder is opgenomen dat twee van de registergoederen die dienen als onderpand in eigendom toebehoren aan [bedrijf 2] en [bedrijf 2] verklaart ook beschikkingsbevoegd te zijn ten aanzien van deze registergoederen.

- 2.5. Op 28 maart 2019 heeft [gedaagde partij 1] de hypotheekakte (hierna: de akte) gepasseerd. In deze akte is alleen [bedrijf 1] gedefinieerd als 'Schuldenaar' naast [eisende partij] als 'Schuldeiser'. [bedrijf 2] is wel als partij bij de akte opgenomen. In deze akte staan eveneens de hierboven vermelde bepalingen uit de conceptakte opgenomen en ook dat [bedrijf 2] eigenaar is van en beschikkingsbevoegd is ten aanzien van twee van de registergoederen die dienen als onderpand.

In aanvulling daarop is opgenomen dat [bedrijf 2] als 'derde-onderzetter' is gewezen op de risico's van een geldlening.

2.6. Op 19 november 2019 is eerst [bedrijf 1] failliet verklaard, waarna op 3 december 2019 ook [bedrijf 2] failliet is verklaard.

2.7. [gedaagde partij 1] is met ingang van 1 december 2020 gedefungeerd als notaris.

2.8. Bij brief van 27 december 2019 heeft de curator die is benoemd in de faillissementen van beide vennootschappen [eisende partij] bericht dat het hypotheekrecht dat is gevestigd op de registergoederen van [bedrijf 2] nietig althans ongeldig is. Volgens de curator bevat noch de overeenkomst noch de akte een geldige titel voor de vestiging van het hypotheekrecht op de registergoederen van [bedrijf 2] en ontbreekt in de akte ook de vestigingshandeling daartoe. Voor zover in de akte wel zou kunnen worden ingelezen dat [bedrijf 2] zich heeft verplicht tot het verlenen van zekerheden roept de curator de buitengerechtelijke vernietiging daarvan in. Als gevolg daarvan bestaat er met terugwerkende kracht geen verplichting om hypotheek- en pandrechten te verlenen en kleeft er een titelgebrek aan het hypotheekrecht, aldus de curator:

Er was voor [bedrijf 2] als derde geen voorafgaande verplichting tot het verschaffen van zekerheden, zodat een in de akte zelf ingelezen verplicht als een onverplichte rechtshandeling kwalificeert. De overige schuldeisers van [bedrijf 2] zijn hierdoor benadeeld, omdat in dat geval al haar actief zou zijn ondergezet voor een schuld die [bedrijf 2] niet eens aangaat (!) en waardoor de overige schuldeisers daarop geen verhaal meer kunnen nemen

Omdat de rechtshandeling heeft plaatsgevonden binnen een jaar voor faillietverklaring van [bedrijf 2] (...), wordt vermoed dat wetenschap van benadeling aanwezig was omdat de waarde van de verbintenissen over en weer ongelijk is (art. 43 lid 1 onder 1 Fw). [bedrijf 2] verkreeg immers geen enkele tegenprestatie van [eisende partij] voor de vestiging van hypotheekrecht op haar registergoederen.

In de brief heeft de curator vervolgens op de voet van artikel 42 Fw ook buitengerechtelijk de vernietiging ingeroepen van het hypotheekrecht dat was gevestigd op de registergoederen van [bedrijf 1]. Volgens de curator is ook dat een onverplichte rechtshandeling die de overige schuldeisers benadeelt, omdat in de overeenkomst geen verplichting is opgenomen om voor 27 september 2019 een hypotheekrecht te vestigen. Hetzelfde geldt volgens de curator 'voor eventueel gelijktijdig gevestigde pandrechten'.

2.9. Tijdens de afwikkeling van het faillissement is tussen de curator en [eisende partij] een regeling tot stand gekomen op grond waarvan de aan [bedrijf 1] toebehorende registergoederen zijn verkocht en de opbrengst daarvan aan [eisende partij] is toegekomen. Na aftrek van een verkoopbijdrage op de opbrengst van € 1.370.000,00 heeft [eisende partij] uit deze verkoop een bedrag ontvangen van € 1.158.229,03.

2.10. Bij brief van 20 januari 2020 heeft (de advocaat van) [eisende partij] [gedaagde partij 1] dan wel zijn opvolger aansprakelijk gesteld voor de schade die zij heeft geleden doordat zij zich niet als separatist in het faillissement van [bedrijf 1] en [bedrijf 2] op haar vordering heeft mogen verhalen. Zij verzoekt [gedaagde partij 1] dan wel zijn opvolger om aansprakelijkheid te erkennen.

2.11. Bij brief van 12 mei 2020 heeft (de advocaat van) [gedaagde partij 1] aansprakelijkheid afgewezen.

2.12. In hun latere correspondentie hebben beide partijen hun standpunten herhaald en nader toegelicht. Dit heeft niet tot een oplossing geleid.

3 Het geschil

3.1. [eisende partij] vordert dat de rechtbank bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

- A. voor recht verklaart dat [gedaagde partijen] jegens [eisende partij] niet heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend notaris mocht worden verwacht door (i) in het kader van de advisering omtrent het vestigen van hypotheekrechten ten laste van [bedrijf 1] een ambigue akte op te stellen en (ii) in het kader van de advisering omtrent het vestigen van hypotheekrechten ten laste van [bedrijf 2] een nietige notariële akte te verlijden en (iii) geen pandrecht te vestigen ten gunste van [eisende partij] ,
- B. [gedaagde partijen] hoofdelijk veroordeelt tot betaling van € 863.902,95, te vermeerderen met de contractuele rente over € 629.893,28 vanaf 12 januari 2023 tot de dag der algehele voldoening, dan wel de wettelijke rente daarover,
- C. [gedaagde partijen] hoofdelijk veroordeelt tot betaling van € 1.340,56 aan buitengerechtelijke incassokosten,
- D. [gedaagde partijen] hoofdelijk veroordeelt in de proceskosten, te vermeerderen met de wettelijke rente indien deze kosten niet binnen veertien dagen na het vonnis zijn voldaan.

3.2. Aan haar vorderingen legt [eisende partij] ten grondslag dat zij aan [gedaagde partij 1] dan wel [gedaagde partij 2] opdracht heeft gegeven hypotheekrechten te vestigen op de in de overeenkomst vermelde registergoederen van [bedrijf 1] en [bedrijf 2] en om ten gunste van [eisende partij] een pandrecht te vestigen op de vordering van [bedrijf 1] op de heer Van Ettekoven (hierna: Van Ettekoven). In dat kader rust op [gedaagde partijen] ook een zorgplicht als bedoeld in artikel 7:401 BW. [gedaagde partijen] is in deze verbintenissen tekort geschoten dan wel heeft onrechtmatig gehandeld, nu de hypotheekrechten nietig blijken te zijn en geen pandrecht is gevestigd. Hij heeft geen onderzoek verricht naar de beschikkingsbevoegdheid en geldige titel, heeft [eisende partij] niet gewezen op de mogelijke gevolgen van het aangaan van een onverplichte rechtshandeling en heeft een akte verleden die zonder rechtsgevolgen is gebleven. De schade bestaat uit het verschil tussen de hoogte van de vordering (hoofdsom en rente) uit de geldlening ten tijde van het faillissement van [bedrijf 1] van € 1.723.790,67, verminderd met de opbrengst van de verkoop door de curator van € 1.158.229,03 en vermeerderd met 20% rente per jaar. [eisende partij] had haar vordering geheel kunnen voldoen als een geldig hypotheekrecht zou zijn gevestigd en zij zich als separatist in het faillissement had kunnen verhalen.

3.3. [gedaagde partijen] betwist de vorderingen van [eisende partij] . In het bijzonder meent hij dat de gevestigde hypotheekrechten geldig zijn, dat causaal verband tussen de tekortkoming en de schade ontbreekt, dat hij zijn zorgplicht niet heeft geschonden en dat de schade te hoog is. Als bevrijdend verweer stelt [gedaagde partijen] dat het onredelijk is als hij de volledige schadevergoeding zou moeten betalen en doet hij een beroep op artikel 6:2 BW.

4 De beoordeling

4.1. Kern van het geschil tussen partijen is de vraag of [gedaagde partijen] is gehouden de schade te vergoeden die [eisende partij] heeft geleden doordat [gedaagde partijen] een akte heeft opgesteld die nietig of in elk geval ambigu was vanwege het ontbreken van een geldige titel voor de vestiging van een hypotheekrecht. Hierdoor heeft zij zich niet als separatist in het faillissement kunnen verhalen op haar zekerheidsrechten. Kort gezegd maakt [eisende partij] het verwijt dat [gedaagde partijen] (i) geen (geldige) hypotheek- en pandrechten heeft gevestigd en (ii) zijn zorgplicht als notaris heeft geschonden. Hierop zal in het navolgende worden ingegaan.

Bestaat er een geldige titel ten aanzien van [bedrijf 2] ?

- 4.2. Artikel 3:84 lid 1 jo. 3:98 BW vereist ook voor de vestiging van een beperkt recht zoals een hypotheek een levering krachtens geldige titel, verricht door hem die bevoegd is over het goed te beschikken. Bij de titel moet het goed (waarmee ook wordt bedoeld de vestiging van het hypotheekrecht) met voldoende bepaaldheid omschreven zijn (lid 2). Aan de levering stelt artikel 3:89 lid 1 BW als nadere eis dat deze geschiedt door een daartoe bestemde, tussen partijen opgemaakte notariële akte. Volgens het tweede lid moet deze akte nauwkeurig de titel van overdracht vermelden.
- 4.3. Partijen twisten onder meer over de uitleg van de akte. Het gaat in deze zaak echter om de vraag of partijen zijn overeengekomen dat ook op de registergoederen van [bedrijf 2] een hypotheekrecht zou worden gevestigd. Hiervoor dienen in de eerste plaats de aan de akte ten grondslag liggende (obligatoire) afspraken tussen partijen te worden beoordeeld. Uitleg van de inhoud en omvang van het hypotheekrecht zoals dat is overeengekomen geschiedt aan de hand van de Haviltex-maatstaf (zie Hoge Raad 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM8933). Aan toepassing van deze maatstaf doet niet af dat die overeenkomst in dit geval de titel vormt voor de vestiging van een — tegen derden in te roepen — hypotheekrecht (vgl. Hoge Raad 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3381).
- 4.4. Deze uitleg brengt mee dat in de overeenkomst geen titel is opgenomen voor de vestiging van een hypotheekrecht op de registergoederen van [bedrijf 2]. In de eerste plaats is van belang dat [bedrijf 2] bij die overeenkomst geen partij is en al om die reden geen bedoelingen van haar uit die overeenkomst kunnen worden afgeleid. De omstandigheid dat in die overeenkomst een tweetal registergoederen is opgenomen die aan haar in eigendom toebehoren maakt dit niet anders. In artikel 4.1 van de overeenkomst staat immers enkel vermeld dat [bedrijf 1] verklaart dat die panden 'in onbelast eigendom zijn en blijven zolang de verplichting uit hoofde van deze Overeenkomst bestaat' en dat 'deze panden derhalve [dienen] als zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen uit deze overeenkomst'. Uit artikel 4.3 blijkt vervolgens dat de verplichting tot het verstrekken van 'aanvullende zekerheden' voor [bedrijf 1] pas ontstaat 'indien de lening niet op 27 september 2019 geheel is afgelost'. Een dergelijke verplichting voor [bedrijf 2] blijkt niet uit de overeenkomst.
- 4.5. Voor zover [gedaagde partijen] betoogt dat de bedoeling van [bedrijf 2] om in te stemmen met het vestigen van een hypotheekrecht op haar registergoederen kan worden afgeleid uit omstandigheden die zich na het sluiten van de overeenkomst hebben voorgedaan geldt dat hij ook daarin niet kan worden gevolgd. De enkele omstandigheid dat [bedrijf 2] opdracht heeft gegeven aan [gedaagde partijen] om de akte op te stellen en voor dat doel een volmacht tot hypotheekvestiging heeft verleend is daarvoor onvoldoende. De volmacht ziet expliciet op het vestigen van een hypotheekrecht en niet (ook) op het verlenen van instemming daartoe. Deze bedoeling kan ook niet worden afgeleid uit de omstandigheid dat [bedrijf 2] niet achteraf aan [gedaagde partijen] heeft laten weten dat het niet haar bedoeling was om een hypotheekrecht te vestigen op haar registergoederen. Indien het de bedoeling van partijen was geweest om de titel tot het vestigen van het hypotheekrecht mede te laten strekken tot de registergoederen van [bedrijf 2] had het in de rede gelegen dat met zoveel woorden in de overeenkomst of een latere afspraak op te nemen. Dit is echter niet gebeurd.
- 4.6. Wilsovereenstemming over de vestiging van een hypotheekrecht kan in dit geval ook uit de akte niet worden afgeleid. In de akte komt immers uitsluitend [bedrijf 1] met [eisende partij] overeen dat een hypotheekrecht wordt gevestigd. Weliswaar is [bedrijf 2] wel partij bij de akte, maar zij is niet gedefinieerd als schuldenaar en heeft uit dien hoofde ook niet ingestemd met het vestigen van een hypotheekrecht. Aan dit oordeel doet niet af dat in de akte staat vermeld dat [bedrijf 2] eigenaar is van twee van de registergoederen die als onderpand dienen, dat zij verklaart beschikkingsbevoegd te zijn ten aanzien van deze registergoederen en dat zij als derde-onderzetter is gewezen op de risico's van een geldlening. Mogelijk kunnen deze omstandigheden

wel zo worden uitgelegd dat op de registergoederen van [bedrijf 2] een hypotheekrecht wordt gevestigd, maar dit betekent nog niet dat [bedrijf 2] ook heeft ingestemd met het vestigen van dit hypotheekrecht.

- 4.7. De omstandigheid dat [bedrijf 2] in de conceptakte nog wel als schuldenaar was gedefinieerd maar in de definitieve akte niet meer leidt niet tot een andere uitleg. [gedaagde partijen] heeft hierover tijdens de mondelinge behandeling immers verklaard dat de vermelding in de conceptakte niet juist was en dat hij [bedrijf 2] daarom in de definitieve akte niet meer als zodanig heeft aangemerkt. Hieruit leidt de rechtbank af dat het kennelijk de bedoeling is geweest dat [bedrijf 2] geen partij zou zijn bij de overeenkomst. Van belang is dat de akte de laatste stand van zaken ten aanzien van de wilsovereenstemming van partijen weergeeft. Indien het de bedoeling van partijen was geweest om de titel tot het vestigen van het hypotheekrecht mede te laten strekken tot de registergoederen van [bedrijf 2] had het in de rede gelegen dat met zoveel woorden in de akte op te nemen. Dat is echter niet gebeurd.
- 4.8. Onder deze omstandigheden heeft [gedaagde partijen] zijn betwisting onvoldoende onderbouwd. De conclusie is dan ook dat [eisende partij] en [bedrijf 2] niet zijn overeengekomen ook een hypotheekrecht te vestigen op de registergoederen van [bedrijf 2], zodat een geldige titel daarvoor ontbreekt.

Wat is het gevolg van het ontbreken van een geldige titel?

- 4.9. Vervolgens is de vraag welk rechtsgevolg het geheel ontbreken van de titel voor de vestiging van het hypotheekrecht heeft. Ten aanzien van de registergoederen van [bedrijf 2] betekent dit dat geen geldig hypotheekrecht is gevestigd. In zoverre heeft de akte geen werking gehad; het beoogde rechtsgevolg is niet bereikt. Dit heeft echter niet tot gevolg dat de akte nietig is. Het gebrek is immers niet zozeer gelegen in het vestigingsvereiste, dat door de akte wordt beslagen, als wel in het titelvereiste. Beide partijen leggen de akte echter wel zo uit dat daarin ten laste van [bedrijf 2] een hypotheekrecht wordt gevestigd. Om die reden is de akte in zoverre ambigu dat deze een ongerijmdheid bevat en daardoor vragen oproept, zoals in dit geval in het faillissement van [bedrijf 1] en [bedrijf 2] ook is gebeurd.

Heeft [gedaagde partijen] een zorgvuldigheidsnorm geschonden?

- 4.10. Op de notaris rust in zijn hoedanigheid, uit hoofde van zijn taak bij het verlijden van een akte, een zwaarwegende zorgplicht ter zake van hetgeen nodig is voor het intreden van de rechtsgevolgen welke zijn beoogd met de in die akte opgenomen rechtshandelingen. Mede gelet op het vertrouwen dat de deelnemers aan het rechtsverkeer moeten kunnen stellen in een notariële akte, geldt de bedoelde verplichting jegens alle belanghebbenden en niet slechts jegens de partijen bij de in de notariële akte opgenomen rechtshandeling (Hoge Raad 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF0198). Dit volgt ook uit artikel 43 lid 1, derde volzin, Wet op het notarisambt (vgl. Hoge Raad 20 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0586).
- 4.11. Zoals hiervoor vermeld is tussen partijen niet in geschil dat de vestigingshandeling voor een hypotheekrecht ten laste van [bedrijf 2] moet worden ingelezen in de akte. Uit het voorgaande volgt echter ook dat [bedrijf 2] zich niet heeft verbonden tot het verstrekken van een dergelijk hypotheekrecht. [gedaagde partijen] heeft de partijen bij de akte voorafgaand aan het passeren van die akte niet gewezen op het ontbreken van een geldige titel ten aanzien van [bedrijf 2] en ook niet dat de akte in zoverre niet het beoogde rechtsgevolg zou hebben. Tijdens de mondelinge behandeling heeft [gedaagde partijen] verklaard wel onderzoek te hebben gedaan naar de geldige titel die aan deze vestiging ten grondslag zou moeten liggen. Vervolgens heeft hij [bedrijf 2] in de definitieve akte niet meer als schuldenaar opgenomen, zonder de consequenties daarvan met partijen te bespreken of met zoveel woorden in de akte te verwerken. Tijdens de mondelinge behandeling heeft [gedaagde partijen] daarover zelf verklaard dat dit handelen niet de schoonheidsprijs verdiende. Hiermee heeft hij niet de zorgvuldigheid betracht die van een redelijk

bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. In zoverre is hij tekortgeschoten in de op hem rustende zorgplicht.

- 4.12. Anders dan [eisende partij] stelt volgt uit voormelde zorgplicht in dit geval niet dat [gedaagde partijen] partijen ook had moeten informeren over (de gevolgen van) het onverplichte karakter van deze rechtshandeling, omdat dit mogelijk paulianeus zou zijn. In de eerste plaats heeft [eisende partij] onvoldoende onderbouwd waarom [gedaagde partijen] in dit geval had moeten waarschuwen voor dit risico. Daarbij komt dat niet gebleken is dat [gedaagde partijen] op de hoogte was van de financiële situatie van [bedrijf 2]. Dit geldt temeer nu [eisende partij] volgens haar eigen stellingen hiervan zelf (ook) niet op de hoogte was. Tijdens de mondelinge behandeling heeft [eisende partij] ook bevestigd dat zij [gedaagde partijen] 'niet ervan beschuldigt dat hij wel had moeten weten dat het foute boel was'. Onder deze omstandigheden kan [gedaagde partijen] niet worden verweten dat hij op dit punt ook in zijn zorgplicht is tekortgeschoten.

Had [gedaagde partijen] een pandrecht moeten vestigen?

- 4.13. [eisende partij] verwijt [gedaagde partijen] daarnaast dat hij geen pandrecht heeft gevestigd ten gunste van [eisende partij]. [gedaagde partijen] betwist dat daartoe opdracht was gegeven en verwijst daarbij naar zijn brief van 27 maart 2019, waarin hij opmerkt dat hij begreep dat [eisende partij] en [bedrijf 1] dit pandrecht separaat zouden regelen. [eisende partij] heeft dit niet weersproken. Tijdens de mondelinge behandeling heeft [eisende partij] bovendien toegelicht dat ten aanzien van dit verwijt geen schade is gevorderd. Voor zover de vordering daarmee niet is ingetrokken geldt dat [eisende partij] haar stelling dat opdracht is gegeven tot het vestigen van een pandrecht onvoldoende heeft onderbouwd.

Is er causaal verband?

- 4.14. Zoals hiervoor onder r.o. 4.11 vermeld heeft [gedaagde partijen] in het kader van de advisering over het hypotheekrecht ten laste van [bedrijf 2] onzorgvuldig gehandeld. Als gevolg daarvan is [gedaagde partijen] tekortgeschoten in de nakoming van zijn verbintenis uit de overeenkomst van opdracht met [eisende partij] (hierna: de beroepsfout). Dit betekent dat hij in beginsel is gehouden de schade te vergoeden die [eisende partij] daardoor heeft geleden. Deze schade heeft uitsluitend betrekking op de gevolgen van het niet rechtsgeldig vestigen van een hypotheekrecht op de panden van [bedrijf 2] ten behoeve van [eisende partij] en [bedrijf 1]. Het ligt immers voor de hand dat tussen [eisende partij] en [bedrijf 2] alsnog een overeenkomst was gesloten op grond waarvan [bedrijf 2] een hypotheekrecht op haar panden zou verstrekken indien [gedaagde partijen] hen had gewezen op het ontbreken van deze geldige titel en op de rechtsgevolgen daarvan. De vraag is echter of dit vervolgens ook ertoe had geleid dat [eisende partij] het restant van haar vordering in het faillissement van [bedrijf 2] had kunnen verhalen. [gedaagde partijen] betoogt dat de rechtshandeling vanwege het paulianeuze karakter daarvan ook zonder beroepsfout geen stand had gehouden. Dit verweer slaagt.
- 4.15. [eisende partij] betoogt onder meer dat in de ogen van de curator (achteraf) van enig paulianeus handelen geen sprake was, maar laat na dit te onderbouwen. Uit de brief van de curator van 27 december 2019 blijkt dat de curator de door [bedrijf 2] verrichte rechtshandeling vernietigt, voor zover al een rechtsgeldig hypotheekrecht zou zijn gevestigd. Niet gebleken is dat hij later op dit standpunt is teruggekomen, terwijl hij dat wel heeft gedaan ten aanzien van het door [bedrijf 1] verstrekte hypotheekrecht. Het had op de weg van [eisende partij] gelegen om haar stelling dat sprake is van causaal verband op dit punt nader toe te lichten, mede gelet op het standpunt van [gedaagde partijen] dat is voldaan aan de vereisten van artikel 42 jo. 43 Fw.
- 4.16. In het midden kan blijven of de door de curator buitengerechtelijk ingeroepen vernietiging van het door [bedrijf 2] verstrekte hypotheekrecht in rechte in stand blijft. De enkele omstandigheid dat de curator de buitengerechtelijke vernietiging van de hypotheekrechten die [bedrijf 2] heeft verstrekt niet in rechte aanhangig heeft gemaakt, maakt – anders dan [eisende partij] stelt – niet

dat daaraan geen rechtsgevolgen kunnen worden verbonden. Vast staat immers dat de curator deze rechtshandeling van [bedrijf 2] heeft vernietigd en dat daartegen in rechte niet is opgekomen, als gevolg waarvan aan het hypotheekrecht geen werking is toegekomen. [eisende partij] heeft zich voor de voldoening van het restant van haar vordering dan ook niet als separatist op de panden van [bedrijf 2] kunnen verhalen. Dit betekent dat [eisende partij] een deel van haar vordering ook zonder de beroepsfout van [gedaagde partijen] niet had kunnen voldoen uit de opbrengst van de verkoop van de panden van [bedrijf 2] .

- 4.17. De conclusie is dat de beroepsfout van [gedaagde partijen] niet in de weg heeft gestaan aan de mogelijkheid van [eisende partij] om een deel van haar vordering te verhalen. Voor zover zij na een juiste advisering een geldig hypotheekrecht op de panden van [bedrijf 2] had kunnen vestigen, was dit hypotheekrecht immers vernietigd door de curator vanwege het paulianeuze karakter ervan. Dit betekent dat dit deel van de schade van [eisende partij] niet aan [gedaagde partijen] kan worden toegerekend als bedoeld in artikel 6:74 jo. 6:98 BW.

Welke gevolgen heeft dit voor de vorderingen?

- 4.18. Zoals hiervoor onder r.o. 4.9 vermeld heeft de omstandigheid dat in de akte ten aanzien van [bedrijf 2] een geldige titel ontbreekt maar wel een vestigingshandeling kan worden ingelezen tot gevolg dat deze akte minst genomen ambigu is, maar niet dat de akte op zichzelf nietig is. Het gevorderde onder A sub ii zal dan ook worden afgewezen. De onder A sub i gevorderde verklaring voor recht zal wel op na te melden wijze worden toegewezen. Het gevorderde onder A sub iii zal worden afgewezen gelet op hetgeen hiervoor onder r.o. 4.13 is vermeld ten aanzien van het pandrecht. Ditzelfde lot treft de onder B gevorderde schadevergoeding vanwege het ontbreken van een causaal verband (zie hiervoor onder r.o. 4.14 e.v.). De onder C gevorderde buitengerechtelijke incassokosten zullen dientengevolge eveneens worden afgewezen. Ten aanzien van de onder D gevorderde proceskosten zal als volgt worden beslist.
- 4.19. [eisende partij] wordt deels in het gelijk en deels in het ongelijk gesteld. In de omstandigheid dat wel sprake is van een beroepsfout door [gedaagde partijen] maar dat deze vanwege de buitengerechtelijke vernietiging door de curator niet heeft geleid tot schade voor [eisende partij] ziet de rechtbank aanleiding de proceskosten tussen partijen op na te melden wijze te compenseren.

5 De beslissing

De rechtbank

- 5.1. verklaart voor recht dat [gedaagde partijen] jegens [eisende partij] niet heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend notaris mocht worden verwacht door in het kader van de advisering omtrent het vestigen van hypotheekrechten een ambigue akte op te stellen;
- 5.2. wijst af het meer of anders gevorderde,
- 5.3. compenseert de proceskosten, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

Dit vonnis is gewezen door mr. I.W.M. Olthof en in het openbaar uitgesproken op 6 september 2023.